

Entwicklung der Rechtsprechung zum Passing-on (passiv/aktiv) in der Europäischen Union

Dr. Martin Seegers

Legal Counsel und Partner, CDC Consulting SCRL

8. L&A-Wettbewerbstag

Hamburg, 16. Januar 2020

Übersicht

Passing-on defence (POD)

- EU-Recht
- Deutschland: BGH in *ORWI* und Folgerechtsprechung
- Niederlande: Hoge Raad – *TenneT/ ABB*
- UK: Competition Appeal Tribunal – *Sainsbury's/ Mastercard*

Passing-on aktiv bei Klagen von indirekt Geschädigten

- EU-Recht
- LG Düsseldorf – *HUK Coburg/ Autoglas-Kartell*
- LG Dortmund – *LKW-Kartell*
- UK: Competition Appeal Tribunal – *Merricks/ Mastercard*

Zusammenfassung und Ausblick

Passing-on defence: EU-Recht

Art. 13 Richtlinie 2014/104/EU

- Beklagte können als Einwendung gegen den Schadensersatzanspruch geltend machen, dass der Kläger den *“Preisauflschlag ganz oder teilweise weitergegeben”* hat (Art. 13 S. 1)
- Beweislast für die Weitergabe *“trägt der Beklagte”*, der in angemessener Weise Offenlegung verlangen kann (Art. 13 S. 2)

Art. 12 Richtlinie

- Wertungsgesichtspunkte für die Anwendung der POD
- Verhinderung eines den Schaden *“übersteigenden”* Schadensersatzes (Abs. 1, 2. HS, 1. Alt.)
- Verhinderung der *“Nichthaftung”* des Rechtsverletzers (Abs. 1, 2. HS, 2. Alt.)

Richtlinie

- Mindeststandard (vgl. Art. 288 AEUV)
- Regelungsspielräume (ErwG 11: *“einschließlich der in dieser Richtlinie nicht behandelten Aspekte (wie den Begriff des ursächlichen Zusammenhangs)”*)

Passing-on defence: Deutschland I

BGH, Urt. v. 28. Juni 2011 (KZR 75/10) – *ORWI*

- Einwand der Schadensweiterwälzung (allein) in Form des Vorteilsausgleichs anerkannt
- Voraussetzungen/ umfassende Einzelfallabwägung:
 - Abwälzung des Preisaufschlags
 - Adäquater Kausalzusammenhang (zw. Kartellrechtsverstoß und Preiserhöhung auf Anschlussmarkt)
 - Keine unangemessene Entlastung des Rechtsverletzers (Rn. 58 und 75)
 - Keine gegenläufigen Mengeneffekte durch Nachfragerückgang (Rn. 69)
- Darlegungs- und Beweislast für alle Voraussetzungen beim Beklagten (Erleichterungen nur restriktiv)

Gesetzes-Begr. zu § 33c Abs. 1 GWB

- Einwand und *“Voraussetzungen dieser Vorteilsausgleichung”* weiterhin *“im Wesentlichen durch die sog. ORWI-Entscheidung des BGH geprägt”*

Passing-on defence: Deutschland II

ORWI-Urteil, Rn. 58 und 75: Keine unangemessene bzw. unbillige Entlastung

- „aa) Die Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen auf dem Gedanken, dass dem Geschädigten unter bestimmten Voraussetzungen diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Der gerechte Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen erfordert einerseits, dass der Geschädigte entsprechend dem schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot nicht besser gestellt wird, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Andererseits sind nicht alle durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, d.h. dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet (BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 - VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83 Rn. 18).“
- „(...) die Gefahr, dass zum einen der Kartellteilnehmer unbillig entlastet würde, weil er letztlich niemand Schadensersatz zu leisten hätte, obwohl er Schaden verursacht hat.“

ORWI-Urteil, Rn. 62: Einwand geknüpft an die Gefahr einer mehrfachen Inanspruchnahme

- „Die Vorteilsanrechnung führt dabei nicht zu einer unangemessenen Entlastung des Kartelltäters, sondern vermeidet seine mehrfache Inanspruchnahme wegen desselben Schadens (...). Sie bewirkt keinen Wegfall, sondern nur eine Verlagerung des Schadensersatzanspruchs auf die Marktteilnehmer der nächsten Absatzstufe.“

Passing-on defence: Deutschland III

Instanzgerichte bestätigen Voraussetzungen: POD erfolglos, soweit sie dazu führt, dass Kartellmitglieder im Einzelfall nicht haften, weil es auf der nachfolgenden Marktstufe keine Kläger gibt

- OLG München, Urt. v. 8. März 2018 (U 3497/16 Kart), juris-Rn. 86 f. – *Schienenkartell*
 - *“Denn dies würde – zumindest weitgehend – zu einer unangemessenen Entlastung des Schädigers führen, da nicht damit zu rechnen ist, dass die einzelnen Fahrgäste ihrerseits wegen Kleinstbeträgen gegen die Kartellanten vorgehen.”*
- OLG Stuttgart, Urt. v. 4. April 2019 (2 U 101/18), juris-Rn. 193 – *LKW-Kartell*
 - *“Dass die Beklagte von Abnehmern der Klägerin in Anspruch genommen worden wäre, trägt sie nicht vor.”*
- LG Frankfurt am Main, Urt. v. 30. März 2016 (2-06 O 464/14) – *Schienenkartell*
 - *„Dies kann auch dahinstehen, da jedenfalls der Schutzzweck des Schadensersatzanspruchs unter Berücksichtigung des Aspekts einer unbilligen Schädigerentlastung gegen die Zulässigkeit des Einwands einer Schadensabwälzung auf Kunden des öffentlichen Personennahverkehrs spricht. Bei diesem Personenkreis wird sich kaum ein konkreter Schaden ausmachen oder zumindest schätzen lassen. Und selbst wenn dies möglich wäre, würde kein Nahverkehrskunde seinen Schaden gegenüber den Kartellanten geltend machen, die hierdurch unbillig entlastet würden.“*

Passing-on defence: Deutschland IV

- LG Dortmund, Urt. v. 27. Juni 2018 (8 O 13/17 Kart), Rn. 122-126 – LKW-Kartell
 - *“Zum anderen ist aber auch aufgrund von im Rahmen des Vorteilsausgleichs allgemein zu berücksichtigender Wertungsgesichtspunkte (...) der Weiterwälzungseinwand hier ausgeschlossen.“*
 - *Schon im Rahmen einer Lieferkette auf ein und demselben Markt werden - so denn eine Weitergabe eines overcharge überhaupt stattfand - regelmäßig spätestens beim Endverbraucher, je nach Länge der Lieferkette aber auch schon auf vorherigen Marktstufen, derartig geringe Schäden ankommen, dass diese nicht eingeklagt werden und der Kartellant somit faktisch von seiner Schadensersatzverpflichtung frei würde (...).*
 - *Schon unter diesen Gegebenheiten muss die Zulässigkeit der passing on-defense verneint werden. (...)*
 - *Der somit drohende Zielkonflikt zwischen dem faktisch völligen Freiwerden des Schädigers einerseits und dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot des Geschädigten ist insoweit zu Gunsten des Geschädigten aufzulösen.“*
- LG Kiel, Urt. v. 18. April 2019 (6 O 108/18), NZKart 2019, 440, 442 – LKW-Kartell
 - *„(...) spätestens beim Endverbraucher derartig geringe Schäden ankommen, dass diese nicht eingeklagt werden und der Kartellant mithin faktisch von seiner Schadensersatzverpflichtung frei würde. Diese Nichthaftung der Kartellanten gilt es zu vermeiden. Eine andere Lösung de lege lata ist mangels kollektiver Rechtsschutzelemente nicht gegeben.“*

Passing-on defence: Niederlande I

Oberster Gerichtshof (Hoge Raad), Urt. v. 8. Juli 2016 – *Tennet/ ABB*

- Recht im Einklang mit der EU-Richtlinie auszulegen (Nr. 4.3.1.), obwohl noch nicht anwendbar (4.3.4.)
- Einwand entweder als Teil der Schadensberechnung oder unter dem Vorteilsausgleich (“*voordeelstoerekening*”) zu prüfen (4.4.1.)
 - *“Diese Behauptung kann prinzipiell bei der Schadensberechnung (...) und beim Vorteilsausgleich (...) berücksichtigt werden. Für die Prüfung der passing-on defence sind daher zwei Ansätze denkbar. Wie sich aus dem Nachfolgenden ergibt, unterscheiden sich diese beiden Herangehensweisen nicht wesentlich.”*
- Einwand nur dann erfolgreich sein, soweit die Anrechnung des Vorteils im Einzelfall angemessen (“*redelijk*”) ist (Nr. 4.4.2.)
 - *“Die Wahl zwischen beiden Ansätzen ist insofern irrelevant, da die vom Geschädigten im Zusammenhang mit Schadensereignis erlangten Vorteile nach beiden Ansätzen nur insoweit bei der Schadenshöhe berücksichtigt werden, als dies angemessen ist.”*
- Darlegungs- und Beweislast beim Beklagten (4.4.4.)
- Voraussetzungen mit der Richtlinie im Einklang

Passing-on defence: Niederlande II

Bezirksgericht Gelderland, Urt. v. 29. März 2017 – *TenneT/ ABB*

- Schadensersatz zugesprochen
- Einwand der Schadensweiterwälzung zu unsubstantiiert
- Kein Abzug abgewalzter Schäden, weder bei Schadensberechnung noch unter Vorteilsausgleich
 - Verbraucher klagen nicht,
 - würden von Schadensersatz an TenneT (100% Staatseigentum) profitieren

Berufungsgerichtshof Arnhem-Leeuwarden, (Zwischen)-Urt. v. 29. Mai 2019 – *Tennet/ ABB*

- U.a. Anordnung einer eingehenden Auseinandersetzung (3 gerichtlich bestellte Sachverständige) zum Thema Schaden/ Pass-on, inkl. Frage der “*Angemessenheit*”
- Weitere Entscheidung des Gerichtshofs erwartet in 2020

Passing-on defence: UK I

Competition Appeal Tribunal (CAT), Urt. v. 14. Juli 2016 – *Sainsbury's/ Mastercard*

- POD mit Unterscheidung zwischen ökonomischer und rechtlicher Perspektive (Rn. 484(4)(ii))
 - *“First, whereas an economist might well define pass-on more widely (i.e. to include cost savings and reduced expenditure), the pass-on defence is only concerned with identifiable increases in prices by a firm to its customers. Secondly, the increase in price must be causally connected with the overcharge, and demonstrably so.”*
- Beklagter hat nachzuweisen, dass es (auch) auf dem Anschlussmarkt Kläger gibt (Rn. 484(4)(5))
 - *“(…) There is danger in presuming pass-on of costs to indirect purchasers (pace Article 14 of the Damages Directive), because of the risk that any potential claim becomes either so fragmented or else so impossible to prove that the end-result is that the defendant retains the overcharge in default of a successful claimant or group of claimants. This risk of under-compensation, we consider, to be as great as the risk of over-compensation, and it informs the legal (as opposed to the economic) approach. It would also run counter to the EU principle of effectiveness in cases with an EU law element, as it would render recovery of compensation “impossible or excessively difficult” (Case C-453/99 *Courage Ltd v Crehan* [2001] ECR I-6297, [2002] 1 QB 507 at [29]).*
 - *Given these factors, we consider that the pass-on ‘defence’ ought only to succeed where, on the balance of probabilities, the defendant has shown that there exists another class of claimant, downstream of the claimant(s) in the action, to whom the overcharge has been passed on. Unless the defendant (and we stress that the burden is on the defendant) demonstrates the existence of such a class, we consider that a claimant’s recovery of the overcharge incurred by it should not be reduced or defeated on this ground.”*

Passing-on defence: UK II

Court of Appeal (EW), Urt. v. 8. Juli 2016 – *Sainsbury's/ Mastercard*

- Frage nach wertenden Voraussetzungen der POD hier nicht entscheidend (Rn. 338)
 - *“In any event, it is sufficient that MasterCard accepts on the appeal that the CAT was entitled to come to the conclusion that MasterCard failed to satisfy the CAT that there was no identifiable increase in the retail price attributable to the unlawful MIF.”*

Entscheidung des UK Supreme Court erwartet in 2020

Passing-on aktiv/ mittelbar Geschädigte: EU-Recht

Nachweis indirekter Schäden jenseits *cost-plus* Situation bislang häufig schwierig

Art. 14 EU-Richtlinie: Stärkung der Position mittelbar Geschädigter

- Beweislast für Abwälzung trägt Kläger, der in angemessener Weise Offenlegung verlangen kann (Abs. 1)
- Vermutung eines pass-on, wenn mittelbarer Abnehmer nachweist, dass (Abs. 2, S. 1)
 - Beklagter Kartellverstoß begangen hat
 - Preisüberhöhung für den unmittelbaren Abnehmer verursacht hat
 - mittelbarer Abnehmer Waren erworben hat, die Gegenstand des Verstoßes waren (oder hervorgegangen/ enthielten)
- Gilt nicht, wenn glaubhaft, dass *“Preisaufschlag nicht oder nicht vollständig“* weitergegeben (Abs. 2, S. 2)

EuGH, Urt. v. 29. Juli 2019, C-451/18 – *Tibor-Trans/ LKW-Kartell*

- mittelbarer Bezug von LKW (über Vertragshändler) + pass-on = *“unmittelbare Folge der Zuwiderhandlung“* und *“somit ein unmittelbarer Schaden“* (Rn. 30 f.)

EuGH, Urt. v. 12. Dezember 2019, C-435/18 – *Otis/ Aufzugskartell*

- selbst kausal verursachte Schäden auf einem anderen Markt grds. ersatzfähig (Rn. 30)
- Subventionen geknüpft an Höhe der Baukosten; Investition des Differenzbetrages?

Passing-on aktiv: Deutschland I

BGH, Urt. v. 12. Juni 2018 (KZR 56/16) – *Grauzement II*

- Ob direkter Bezug *“oder ob ein Zwischenhändler eingeschaltet war, kann offenbleiben”*, da *“nicht entfernt liegende Möglichkeit”* von Kartellschäden *“auch bei einem Abnehmer auf zweiter Stufe”* (Rn. 37)

LG Düsseldorf, Urt. v. 19. November 2015 (14d O 4/14) – *HUK Coburg/ Autoglas-Kartell*

- Klägerin nicht ausreichend dargetan, dass der Preisaufschlag abgewälzt wurde (Rn. 207)
- *“Schadenseintritt”* bei Klägerin *“eine Frage der haftungsbegründenden Kausalität”* (§ 286 ZPO)
 - *“Da die ökonomische Analyse von Kartellfolgen gezeigt hat, dass sich die schädigenden Wirkungen von Kartellen nicht sachlich, räumlich oder persönlich (...) beschränken lassen (...), ist die abstrakte Möglichkeit der Kartellbefangenheit kein taugliches Eingrenzungskriterium, um die berechtigte Annahme zu begründen, der Anspruchsteller habe tatsächlich einen kartellbedingten Schaden erlitten (...). Dann aber ist die Weiterwälzung des Schadens Voraussetzung des gesetzlichen Haftungsgrundes und bedarf des Vollbeweises nach § 286 ZPO.”*

LG Dortmund, Urt. v. 27. Juni 2018 (8 O 13/17 Kart), Rn. 122-126 – *LKW-Kartell*

- Abwälzung beim mittelbaren Bezug ist Frage der haftungsausfüllenden Kausalität (§ 287 ZPO), Rn. 83 juris
 - *“Die Frage der Weiterwälzung selbst ist jedoch von der Warte des mittelbaren Erwerbers aus allein eine Frage des “Ob” des Schadenseintritts und damit der haftungsausfüllenden Kausalität (vgl. instruktiv BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, Rn. 42 – Lottoblock II)”* (vgl. Rn. 93)

Passing-on aktiv: Deutschland II

(Neue) Abwälzungsvermutung nach § 33c Abs. 2 GWB

- zugunsten mittelbarer Abnehmer, auf jeder Vertriebsstufe geg. dem Rechtsverletzer
- für nach dem 26. Dezember 2016 entstandene Ansprüche (§ 186 Abs. 3 S. 1 GWB)

Wirkung der Vermutung

- nach Wortlaut beschränkt auf Ob der Weitergabe (*“dem Grunde nach”*), nicht die Höhe (≠ Richtlinie)

Unanwendbarkeit der Vermutung

- insofern problematisch, als die Vermutung bereits dann nicht zur Anwendung kommen soll, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Preisaufschlags *“nicht oder nicht vollständig (...) weitergegeben wurde”* (§ 33c Abs. 3 GWB)
- Ein voller Beweis des Gegenteils (§ 292 ZPO) ist somit (anders als bei der Schadensvermutung des § 33a Abs. 2 GWB) nicht erforderlich (Gesetz spricht auch nicht von “Widerlegung”)

Passing-on aktiv: UK

Competition Appeal Tribunal, Urt. v. 21. Juli 2017 (CAT 16) – *Merricks/ Mastercard*

- Antrag auf Eröffnung einer follow-on Sammelklage auf opt-out Basis nach Sec. 47B CA 1998, stellvertretend für 46,2 Mio. Endverbraucher, die zw. 1992 und 2008 im UK mit der Mastercard bezahlt haben
- Mastercard habe Händlern *'multilateral interchange fees'* berechnet, die an Endverbraucher abgewälzt wurden (mehr als 14 Mrd. GBP)
- CAT lehnt Verfahrenseröffnung ab, da (indirekter) Schaden nicht geeignet für Sammelklage
 - *"We are not satisfied, and indeed very much doubt that the claims are suitable for an aggregate award of damages"* (Rn. 78)
 - *"no plausible way of reaching even a very rough-and-ready approximation of the loss by each individual claimant from the aggregate loss calculated according to the Applicant's proposed method"* (Rn. 84).

Court of Appeal (EW), Urt. v. 16. April 2019 – *Merricks/ Mastercard*

- Verfahrenseröffnung möglich, da CAT zu hoher Maßstäbe beim Schadensnachweis angelegt habe
- Klassenweite Berechnung des pass-on an Verbraucher ausreichend (abhängig von ökonomischer Methode)

Entscheidung des UK Supreme Court

Zusammenfassung und Ausblick

Passing-on defence

- Richtlinie überläßt Mitgliedstaaten die konkrete Ausgestaltung der POD
- *ORWI*: Vorteilsausgleich, keine unbillige Entlastung iFd Nichthaftung von Kartellmitgliedern
- Zielkonflikt (allgemeines schadensrechtliches Bereicherungsverbot ↔ unbillige Entlastung/ de facto Wegfall der Haftung) zugunsten des Geschädigten aufzulösen (Effektivität der Haftung, Art. 101 TFEU)
- Herausbildung ähnlicher (wertender) Voraussetzungen der POD europaweit?

Passing-on aktiv/ indirekt Geschädigte

- Rechtspolitisch motivierte Pass-on-Vermutung erleichtert zwar die Geltendmachung indirekter Schäden, verursacht indes zahlreiche Folgeprobleme
- Konkrete Auswirkungen der Vermutung i.d. Praxis abzuwarten

Vielen Dank!

Belgien

475 Avenue Louise
B-1050
Brussels
Belgium

+32 2 213 49 20

Frankreich

4 Rue de Penthièvre
F-75008
Paris
France

+33 6 4019 1344

Deutschland

Woogstrasse 4
D-67659
Kaiserslautern
Germany

+49 631 303 79 0

Luxemburg

2, rue du Fort Wallis
L-2714
Luxembourg
Luxembourg

+352 26 95 30 87

seegers@carteldamageclaims.com

www.carteldamageclaims.com

